Die
actio de pauperie.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

eingereicht von

Graf Gerhard Arnim
aus Muskau (Oberlausitz).

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1906.

24899

Die actio de pauperie.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

eingereicht von

Graf Gerhard Arnim
aus Muskau (Oberlausitz).

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1906.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Leonhard.**
Korreferent: Professor Dr. **Fischer.**

Dahn, Prodekan.

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Jena 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Halle 1901.

Dernburg, Pandekten. Berlin 1904.

Dschfenzig, Grund und Wesen der römischen Noxalklagen. Greifswalder Dissertation 1892.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1899.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Marburg 1900.

Fischer-Henle, Das B.G.B. München 1904.

Glück, Pandekten. Bd. 10. Erlangen 1808.

Hieronimi, Die Haftung des Eigentümers für seine Tiere nach römischem Rechte. Erlanger Dissertation 1897.

Höniger, Die actio de pauperie. Freiburger Dissertation 1894.

Jhering, Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Israel, Schädigung durch Tiere. Deutsche Jur.-Ztg. 1902 S. 238.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B.

Lemke, Die actio de pauperie. Greifswalder Dissertation 1900.

Levy, Die Haftung des Tierhalters. Freiburger Dissertation 1900.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1900.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum B.G.B. Berlin 1899.

Planck, B.G.B. nebst Einführungsgesetz. Berlin 1900.
Radloff, Die Haftung des Eigentümers für den durch Tiere angerichteten Schaden. Leipziger Dissertation 1883.
Schoemann, Haftung für Tiere. Leipziger Dissertation 1902.
Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. Leipzig 1861.
Smidt, Die Haftung des Tierhalters. Freiburger Dissertation 1904.
Sturm, Beiträge zum römischen Recht. Neuenburg 1891.
Thibaut, Versuche über einzelne Teile der Theorie des Rechts. Jena 1817.
Vangerow, Pandekten. Marburg und Leipzig 1876.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt 1900.
Zimmern, System der römischen Noxalklage. Heidelberg 1818.

Einleitung.

Im Bürgerlichen Gesetz ist in dem § 833 demjenigen, der ein Tier hält — ohne Rücksicht auf ein Verschulden — die Haftung für die **durch** das Tier erfolgte Beschädigung auferlegt.

Es ist nun gerade in der letzten Zeit viel über die Streitfrage geschrieben, was man unter einer Beschädigung „durch“ ein Tier zu verstehen habe; dabei hat sich herausgestellt, daß der Paragraph in der jetzigen Fassung nicht genügt.

Wenn man nun die geschichtliche Entwicklung dieses Paragraphen verfolgt, so fällt eins auf:

> die widersprechenden Ansichten über die Beschädigungen durch Tiere im römischen Rechte,

und zwar stehen sich nicht nur die einzelnen Ansichten gegenüber — nein — man kann auch in den Artikeln der einzelnen Verfasser so viel innere Widersprüche, Unwahrscheinlichkeiten und künstliche Auffassungen finden, daß es wohl der Mühe verlohnen möchte, sich noch einmal eingehend mit dieser wichtigen Frage zu beschäftigen. —

Bei dem Ausdruck „Beschädigungen durch ein Tier“ handelt es sich natürlich nur um solche Beschädigungen, die ledig-

lich durch ein Tier, d. h. nicht auch unter Mitwirkung eines Menschen geschehen waren — bei denen also das Tier das einzig „handelnde“ Moment war.

Über diese Beschädigungen durch Tiere geben uns die Abschnitte D. IX, 1 und J. IV, 9 Aufschluß.

Sie sind überschrieben:

„si quadrupes pauperiem fecisse dicatur (dicitur)“

und es wird die für derartige Beschädigungen geltende Klage actio de pauperie genannt.

Der Zweck dieser actio de pauperie war einerseits eine Sicherung der Geschädigten, andererseits eine Haftungserleichterung für den Tiereigentümer.

Im Falle, daß diesen bei einer Beschädigung durch ein Tier kein Verschulden traf, daß also tatsächlich die Beschädigung durch das Tier erfolgt war, wurde dem Tiereigentümer die Möglichkeit gegeben, die schädigende Sache — id est animal quod noxiam commissit (D. IX, f. 1 § 1) dem Beschädigten zu übergeben und so sich von der Haftung zu befreien, oder aber aestimationem noxiae zu bezahlen.

Es war dies ein angenehmer Ausgleich für den Tiereigentümer, wenn der durch das Tier verursachte Schaden im Verhältnis zum Wert des Tieres ein unverhältnismäßig hoher war.

An der Hand oben genannter Stellen werde ich nachzuweisen suchen, wann in Rom eine Beschädigung durch ein Tier — eine pauperies — anzunehmen war.

Ich werde zuerst die Frage behandeln:

„Welche Tiere kommen in Rom bei einer Beschädigung ‚durch' ein Tier in Betracht?"

Dann werde ich mich der Frage zuwenden:

„Muß das Tier contra naturam gehandelt haben?"

Ich werde diesen Abschnitt etwas ausführlicher gestalten, da ich zu einem von der herrschenden Meinung recht verschiedenen Resultat gekommen bin.

Das nächste Kapitel behandelt die Frage:

„Welcher Art ist das Verhalten des schädigenden Tieres?"

Zum Schluß will ich einige Worte über die

„Actio de pastu"

sagen, da diese von manchen mit der actio de pauperie verwechselt — teils auch in falsche Beziehung zu dieser Klage gebracht ist.

Es fragt sich:

„Gehört die actio de pastu hierher?"

§ 1.

Welche Tiere kommen in Rom bei der actio de pauperie in Betracht?

Es handelt sich zunächst darum: Was verstand man in Rom unter einem Tier, das imstande war, eine pauperies anzurichten, d. h. eine Beschädigung, für die ein Unschuldiger einzustehen hatte. Es herrscht Streit darüber, ob nur zahme Tiere oder auch gezähmte oder wilde Tiere unter quadrupes zu verstehen seien.

Glück,[1] Thibaut,[2] Sturm,[3] Radloff[4] und Eisele[5] sind der Ansicht, daß auf wilde Tiere die actio de pauperie keine Anwendung finden, denn sie glauben, daß eine ihrer Ansicht nach unerläßliche Vorbedingung für die actio de pauperie, nämlich ein Handeln contra naturam, bei wilden Tieren ausgeschlossen ist.

Aus demselben Grunde halten die Vertreter einer andern

---

[1]) a. a. O. S. 271 ff.

[2]) a. a. O. S. 191.

[3]) a. a. O. S. 96.

[4]) a. a. O. S. 54.

[5]) a. a. O. S. 490.

Theorie, Zimmern,[1]) Gesterding,[2]) Sintenis,[3]) v. Vangerow[4]) u. a. die actio de pauperie nicht nur für zahme, sondern auch für gezähmte Tiere für zulässig. Hieronimi[5]) behauptet, die Klage sei auch auf wilde Tiere angewendet.

Ich werde nun zunächst zu Glücks Ansicht, der bei wilden Tieren eine actio de pauperie utilis annahm, Stellung nehmen und dann zeigen, daß für die Ansicht: wilde Tiere könnten keine pauperies im obigen Sinne anrichten, einzig und allein der Umstand bestimmend war, daß die der herrschenden Ansicht nach unerläßliche Vorbedingung — ein Beschädigen „contra naturam" — nicht erfüllt war.

Glück[6]) meint: Vor wilden Tieren, die in der Gefangenschaft seien, müsse sich jeder hüten.

> „Wer das nicht tut, ist selbst an dem Schaden schuld."

Bei Verschuldung des Eigentümers — Unachtsamkeit bei der Verwahrung — „findet

1. eine Pönalklage ex edicto aedilicio,
2. eine Klage auf simple Entschädigung, nämlich die actio de pauperie utilis statt."

---

[1]) a. a. O. S. 104.
[2]) a. a. O. S. 271 ff.
[3]) a. a. O. S. 780.
[4]) a. a. O. S. 548.
[5]) a. a. O. § 3.
[6]) a. a. O. S. 271 ff.

Er beruft sich bei diesem Entscheide auf D. IX, 1. 1. 4 haec actio utilis competit et si non quadrupes sed aliud animal pauperiem fecit und I, 14. 9. 11: Praeter has aedilicias actiones et de pauperie locum habet . . .

Wenn in den Institutionen, auf die Glück sich beruft, die actio utilis mit der ädilizischen Klage konkurrieren sollte, dann würde es auch so dastehen — es heißt aber im Texte: ceterum sciendum est aedilicio edicto prohiberi nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere quo vulgo iter fit — praeter has autem aedilicias actiones et de pauperie locum habet — und nicht de pauperie utilis.

Wenn man sich nur an den Text hält, so ergibt sich klar, daß die actio de pauperie auch für wilde Tiere galt, denn es liegt gar kein Grund vor, mit Glück anzunehmen, daß unter quadrupes nur zahme Tiere — im Gegensatz hierzu unter aliud animal wilde Tiere zu verstehen seien.

Meines Erachtens sind mit „aliud animal" zweifüßige Tiere gemeint, und in diesem Sinne schreibt auch Thibaut[1]):

> „Wer sieht aber nicht sogleich, daß unter dem ‚sed aliud animal' zweifüßige Tiere verstanden werden?"

Auch Radloff[2]) zeigt, daß der Gegensatz von quadrupes wohl richtiger „bipes" ist. Er sagt:

---

1) a. a. O. S. 191.

2) a. a. O. S. 55.

„quadrupes heißt lateinisch auf 4 Füßen gehend oder stehend — vierfüßig — dann heißt es auch noch als Substantiv vierfüßiges Tier. — Die Worte sed aliud animal zeigen, daß darunter der Gegensatz von quadrupes, also bipes zu verstehen ist."

Dasselbe behauptet Eisele[1]):

„Unzweifelhaft ist nach I, 4 und I § 10 h. t., daß die Noxalklage auch bezüglich anderer als vierfüßiger Tiere Platz greift, und daß sie bei ferae bestiae, solange sie in jemandes Eigentum stehen, keine Anwendung findet."

Bezüglich der wilden Tiere äußert sich Radloff[2]) folgendermaßen:

„Nach dem im r. R. durchgeführten Prinzip kann der Eigentümer — wenn er keine Schuld trägt — für Beschädigungen durch wilde Tiere gar nicht belangt werden, da letztere stets secundum naturam schaden."

Er vergißt, daß er im Anschluß an die eben zitierte Digestenstelle S. 55 gesagt hat, es sei ein Fehler Schömanns, daß dieser nur zahme Tiere unter quadrupes, nicht auch wilde Tiere verstehe.

Nun stützen die Ansicht, daß bei wilden Tieren die actio de pauperie zessiere, alle Verfechter dieser Ansicht

---

[1]) S. 490.

[2]) a. a. O. S. 54.

(Thibaut,[1]) Radloff,[2]) Sturm[3]) usw.) auf die Stellen J. IV, 9 ceterum si genitalis sit feritas cessat — — und D. IX, 1 § 10 in bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet.

Sie wollen uns aus dem „genitalis“ und „naturalis“ eine Parallele konstruieren dahin laufend, bei Beschädigungen secundum naturam zessiere die actio de pauperie! Jedoch allgemein läßt man den für mich äußerst wichtigen Nachsatz außer acht: „et ideo oder denique si ursus fugit a domino et sic nocuit non potest quondam dominus conveniri quia desinit dominus esse ubi fera erasit.“

Ich glaube, daß dieses Beispiel nur zeigen soll, wann die actio de pauperie bei wilden Tieren nicht angängig war, nicht aber, daß sie überhaupt nicht anwendbar auf wilde Tiere sei.

In dem Beispiel steht nur, daß der Bär — nach Erlangung der natürlichen Freiheit — wohl Schaden anrichten kann, nicht aber pauperies im obigen Sinne.

Es ist nicht leicht zu ersehen, wie die Sache gestanden hätte, wenn der Bär noch im Besitze des Eigentümers war und dann geschadet hätte, doch möchte ich mit Zimmern meine Ansicht durch einen Zusatz des Scholiasten der Basiliken festlegen: „sed si maneat dominus tenetur.“

---

[1]) a. a. O. S. 191.

[2]) a. a. O. S. 55.

[3]) a. a. O. S. 96.

Nun beginnt die in Frage stehende Stelle ceterum si usw. Ich möchte dies „ceterum“ mit „übrigens“ oder „selbstverständlich“ übersetzen, und dann sagt uns die Stelle weiter nichts, als daß „natürlich“ wilde Tiere, die in der Freiheit leben, keine pauperies anrichten könnten — gleichgültig, ob sie früher einmal in dem Eigentume irgend jemandes gestanden hätten oder nicht.

Und es ist auch vom praktischen Gesichtspunkte aus gar nicht einzusehen, warum die Römer die wilden Tiere hätten ausnehmen sollen! Wir finden bei Friedländer, Darstellungen aus der Sittengeschichte Bd. 2 S. 218 und 228 den Hinweis, welcher Luxus in Rom gerade mit dem Halten wilder Tiere getrieben wurde. Auch Radloff[1]) erwähnt diese „Passion“. Die vornehmen Römer hielten sich wilde Tiere „ostentationis gratia“.

Da gab es sicher genug Fälle, wo ein Verstoß des Eigentümers der wilden Tiere gegen das ädilizische Edikt — das nur verbot, wilde Tiere zu halten qua vulgo iter fit — nicht vorlag, wo andrerseits aber auch die Voraussetzung der lex Aquilia: ein Verschulden des Eigentümers, nicht gegeben war, wo also die actio de pauperie angebracht gewesen wäre! Und da sollte man sich an dem Unterschied zwischen zahmen und wilden Tieren gestoßen haben? Diese Unwahrscheinlichkeit möchte ich in folgendem Beispiel illustrieren.

---

[1]) a. a. O. S. 57.

a) Ein Füllen bricht aus und beschädigt, indem es munter umherspringt, lascivia eine Person durch Ausschlagen.

Hier ist die actio de pauperie gegeben.

b) Ein junger Bär eines vornehmen Römers beschädigt einen fremden Sklaven aus Versehen durch Kratzen, als der Sklave z. B. im Atrium auf Antwort wartete und der kleine zahme Bär mit ihm spielen wollte.

Auch hier ist die Beschädigung lascivia erfolgt. Der Sklave ist schuldlos. Aber die actio ex edicto aedilicio greift hier auch nicht Platz, weil das Tier nicht gehalten wurde qua vulgo iter fit.[1]) Warum soll die actio de pauperie nicht gegeben werden?

Daß hier eine Lücke im Gesetze war, fühlten auch einige Interpreten und sprachen deshalb die actio de pauperie nicht nur ausschließlich bei zahmen, sondern auch bei gezähmten wilden Tieren zu.

So Gesterding,[2]) Sintenis,[3]) Seufferts Arch.[4]) Auch Vangerow[5]) schreibt:

> „Sollte es denn aber in der Tat keine Fälle geben, in denen man von wilden Tieren sagen kann, daß sie contra naturam schadeten, daß sie also gewissermaßen in einer culpa seien. M. E. kann dies unbedenklich

---

[1]) Natürlich gab man die actio de pauperie nicht bei eigenem Verschulden der Beschädigung (D. IX, 1. 1 §§ 6, 7).

[2]) a. a. O. S. 271 ff.

[3]) a. a. O. S. 780 Anm. 27.

[4]) Bd. 48 S. 47 Nr. 33.

[5]) a. a. O. S. 598.

bei allen solchen wilden Tieren angenommen werden, die nicht mehr im Zustande natürlicher Wildheit sich befinden, sondern gezähmt in menschlicher Zucht und Gefangenschaft stehen."

Was versteht denn Vangerow unter „Gefangenschaft"? Wenn man sagt, ein gezähmter — ein zahmer Bär, dann meint man einen Bären, der sich frei bewegt.

Unter einem gefangenen Bären denke ich mir aber ein Tier, das in einen Käfig eingesperrt ist, das also nicht zahm, sondern wild ist, und auf dieses möchte ich den Ausdruck Gefangenschaft eher angewandt sehen als auf den „zahmen" Bären.

Doch warum gibt sich Vangerow denn überhaupt mit diesem Unterschiede gezähmter und nicht gezähmter wilder Tiere ab?

Wir sehen, er nimmt an, daß diese letzteren auch eine pauperies anrichten können, er bringt also diesen Unterschied nur, um den Schaden contra naturam konstruieren zu können.

Und so stellt sich denn heraus, daß nicht die zitierte Stelle, nicht die feritas genitalis der Grund für die Ansicht ist, daß bei wilden Tieren die actio de pauperie zessiere sondern weil ein wildes Tier wohl stets secundum, nicht contra naturam handele.

Und nicht nur hier, auch bei Sturm[1]) finden wir als bestimmendes Moment für die Zulässigkeit die Worte: „Wichtig,

---

[1]) a. a. O. S. 96.

sehr wichtig für mich ist die Frage, ob sich die Klage auf wilde Tiere erstreckt. Wäre dies der Fall, so möchte ich das Grundprinzip fallen lassen."

Dieses Grundprinzip hatte er dahin festgelegt[1]):

> „Daß den Schaden, den ein zahmes Tier gegen die Natur seiner Gattung angerichtet hatte, der Eigentümer ersetzen müsse."

Ebenfalls Zimmern,[2]) der im Prinzip auch eine Beschädigung durch ein wildes Tier für pauperies halten will, fragt:

> „Was ist also hier contra naturam? — allerdings keine Verletzung, die sie im freien Zustande, wohl aber solche, die sie in der Gefangenschaft verüben; in dieser Lage ist ein Ausbruch der Wildheit auch von ihnen, die nun als gebändigt gelten müssen, ebenso unerwartet als bei zahmen, und da kann denn ihre feritas nicht mehr als eine naturalis gelten, bis sie ihrem Gefängnisse entlaufen, wieder ihrer wilden Natur gemäß handeln können."

Hieraus kann man recht deutlich erkennen, was unter gezähmten wilden Tieren zu verstehen ist — also der Bär in seinem Käfig, der Löwe, der Tiger, der Panther, sie sind nicht wilde Tiere mehr, sondern gezähmte wilde Tiere — denn wenn Zimmern von Gefängnis spricht, so ist doch klar, daß er einen zahmen, frei herumlaufenden Bären nicht im Auge hat.

---

[1]) a. a. O. S. 94.

[2]) a. a. O. S. 103.

Hieronimi[1]) will beweisen, daß sich die Anwendbarkeit der actio de pauperie auch auf wilde Tiere erstrecke. Er meint, daß quadrupedes sowohl zahme, wie wilde Tiere bedeute, und fährt dann fort: „Zudem sagt 1. 1 § 2 D. IX, 1 ausdrücklich, quae actio ad omnes quadrupedes pertinet'." Er ist der einzige, der die Frage, was ist also hier contra naturam mit Stillschweigen übergeht. Er, der allein die Ansicht verficht, daß die actio de pauperie auch gegen wilde Tiere uneingeschränkt, gleichviel ob gezähmt oder ungezähmt, gegeben war, schreibt in seiner Abhandlung kein Wort über das Verhalten des schädigenden wilden Tieres — warum wohl? M. E. nach, weil er nicht leugnen konnte, daß Thibaut[2]) recht hat, wenn er schreibt:

> „Ein reißendes wildes Tier schadet stets secundum naturam."

So sehen wie denn: die einen, wie Glück, Thibaut, Sturm, Eisele, Radloff geben die actio de pauperie nicht: denn ein wildes Tier schadet stets secundum naturam.

Die anderen, wie Zimmern, Gesterding, Vangerow, Sintenis, geben die Klage dem von einem gezähmten wilden Tiere Geschädigten: denn dies kann ihrer Ansicht nach contra naturam schaden.

Nur Hieronimi sagt:

> „Meiner Meinung nach haben die römischen Juristen bei der actio de pauperie einen Unterschied

---

[1]) a. a. O. § 3.

[2]) a. a. O. S. 191.

zwischen zahmen und wilden Tieren überhaupt nicht gemacht und die Klage (wenigstens im Prinzip) sowohl bei diesen wie bei jenen zugegeben."

Er vergißt aber, daß er in den §§ 6 und 7 von den damnum contra naturam datum spricht und dies als unerläßliche Bedingung einer pauperies anführt, also doch logischerweise zu dem Schluß kommen müßte: Wilde Tiere handeln stets secundum naturam, folglich zessiert die actio de pauperie!! Ja, wenn das Tier gezähmt wäre, dann könnte es wohl contra naturam handeln, aber diesen Unterschied will er ja gerade verwerfen.

Windscheid und Dernburg sprechen schlechthin von Tieren, ohne sich auf die Streitfrage „zahme oder wilde" einzulassen.

Ich will meine Ansicht dahin formulieren:

Eine pauperies kann durch alle Arten Tiere — vierfüßige wie zweifüßige, zahme, wie wilde — erfolgen, denn:

Quae actio ad omnes quadrupes pertinet.

Haec actio utilis competit et si non quadrupes sed aliud animal pauperiem fecit.

Für wilde Tiere gilt eine Einschränkung.

Wenn ein wildes Tier ausbricht und dann Schaden anrichtet, kann man diesen Schaden nicht als pauperies betrachten und zwar aus folgenden Gründen:

Es ist unmöglich, daß eine Klage einem von einem ausgebrochenen wilden Tiere Beschädigten gegeben wird, weil ja (quia) der Eigentümer aufgehört hat, Eigentümer zu sein, mit dem Ausbruch des Tieres. Daß aber das Eigentum

aufgehört hat, ergibt sich aus der natürlichen Wildheit (propter naturalem feritatem).

D. IX, 1 § 10: et ideo si ursus fugit et sic nocuit non potest quondam dominus conveniri, quia desiit dominus esse ubi fera evasit — et ideo et si eum occisi meum corpus est.

D. 41 I 55: sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses et eo facto meus esse dessisset.

Anders liegt nämlich die Sache, wenn ein zahmes Tier fortläuft. Dig. 41 I, 5. 1. 5: itaque si quolibet modo anseres mei et gallinae meae turbati turbataeve adeo longius evolaverint, ut ignoremus ubi sint, tamen nihilo minus in nostro dominio tenentur . . .

Da kann man nicht von natürlicher Wildheit sprechen, in die das Tier zurückgekehrt sei: Das Eigentum bleibt bestehen, und man kann sich wegen der durch ein ausgebrochenes zahmes Tier angerichteten pauperies an den Eigentümer wenden, der in diesem Falle nie ein quondam dominus, sondern stets ein wirklicher dominus ist.

M. E. ist eben die Stelle D. IX, 1. 10 nur deshalb geschrieben, weil es einen großen Unterschied macht, ob ein zahmes oder wildes Tier fortläuft und dann Schaden anrichtet. In dem einen Falle bleibt das Eigentum bestehen, der Eigentümer des schädigenden Tieres haftet; im anderen Falle geht das Eigentum unter, der frühere Eigentümer kann also nicht haften.

Um den Sachverhalt noch klarer zu legen, möchte ich als Gegensatz dem Beispiel von dem entsprungenen Bären D. IX, 1 § 10 folgendes eigenes Beispiel gegenüberstellen: si bos evasit et sic nocuit potest dominus conveniri quia non desinit dominus esse.

Justinian hat es aber nicht für nötig gehalten, ein derartiges Beispiel zu bilden, da dies wohl jeder seiner Ansicht nach wissen mußte. Wir finden daher nur den seltenen Fall, wo ein wildes Tier Schaden anrichtet, durch ein Beispiel erläutert.

Wenn ein Beispiel gegeben werden sollte dafür, daß wilde Tiere überhaupt keine pauperies anrichten könnten, dann müßte doch ein Fall gegeben werden, wo das wilde Tier eine Beschädigung verübt während der Dauer seiner Gefangenschaft, während es also in irgendeinem Rechtsverhältnis zu einem Menschen steht, und nicht nach Wiedererlangung der natürlichen Freiheit, wenn das Tier also gar keine Beziehung zu dem früheren Eigentümer mehr hat.

Dies ist aber allgemein übersehen.

Der entlaufene Bär D. IX, 1 § 10 soll nun also nur zeigen, daß ausnahmsweise die Klage zessiert, wenn ein wildes Tier entlaufen sei: „Propter naturalem feritatem“ im Gegensatz zu den entlaufenen zahmen Tieren, nicht aber dafür, daß die Klage bei wilden Tieren überhaupt nicht gegeben werde. Wenn nun (wie Thibaut[1]) und Radloff[2])

[1]) Thibaut a. a. O. S. 191.

[2]) a. a. O. S. 54.

meinen) von pauperies nicht die Rede sein kann, weil die wilden Tiere stets secundum naturam handeln, aber bei einer pauperies das Tier stets contra naturam handeln müsse, so wäre es doch unlogisch, zu sagen: Bei wilden Tieren zessiert die Klage — statt nun aber in der Begründung fortzufahren: weil sie secundum naturam handeln, als einzigen Grund für das Zessieren der Klage anzuführen: weil ja das schädigende Tier zur Zeit der Schädigung in keiner rechtlichen Beziehung zum früheren Eigentümer stand! (D. IX, 1 § 10).

Ich kann in den Institutionen und dem Digestentitel nicht finden, daß die Klage abgewiesen wird, weil die wilden Tiere secundum naturam gehandelt hätten — nein, die Klage wird bei wilden Tieren überhaupt nicht schlechthin abgewiesen, und das Anführen der genitalis feritas begründet nur das Aufhören des Eigentums und deshalb das Zessieren der Klage.

Daß Beschädigungen von wilden in der Freiheit lebenden Tieren also nicht als pauperies gerechnet werden können, das liegt nicht in dem Handeln der Tiere secundum oder contra naturam, sondern darin, daß man niemand hat, an den man sich wegen der Haftung halten kann, denn diese freilebenden wilden Tiere — auch die entlaufenen — stehen ja in keiner Rechtsbeziehung zu einem Menschen. Darum müssen ihre Handlungen wohl oder übel als casus hingenommen werden.

§ 2.

Muß das Tier contra naturam gehandelt haben?

In diesem Kapitel möchte ich Stellung nehmen zu der Frage: Muß das Tier contra naturam handeln, damit eine pauperies zustande kommt? Die herrschende Meinung sagt: Ja. — Wir finden fast durchgängig die Stellen noch präzisierter — mit einem Zusatz in der Glosse versehen. Es heißt im Text J. IV, 9: Haec autem actio in his quae contra naturam moventur locum habet. —

In der Glosse des Acursius heißt es in Note 9 zu diesem Titel: „Contra naturam: scilicet sui generis: a se tamen commota non ab alio culpabiliter ut subiicit" — und diese Anschauung wurde bald so allgemein, daß wir sie in den meisten Büchern gleichwertig einer Quellenstelle behandelt sehen.

So schreibt Glück[1]):

> „Hat ein zahmes Tier Schaden angerichtet, ohne daß die Schuld eines Menschen dabei konkurriert, so hat es entweder
>
> a. contra naturam sui generis
>
> geschadet" . . .

---

1) a. a. O. S. 277.

Windscheid[1]) schreibt auch:

„Schaden, den ein Tier gegen die Art und Weise seiner Gattung anrichtet."

Puchta[2]) sagt direkt:

„Wenn ein Tier . . . durch eine dieser Tierart nicht natürliche Wildheit (contra naturam sui generis) geschadet hat . . ."

Ebenso Sturm[3]):

„. . . wenn ein Bock einen Ochsen angreift (§ 11 Cod.), so handelt er contra naturam sui generis."

(Sturm dürfte wohl hier die Stelle falsch verstanden haben, denn „cum arietes vel boves commisissent et alter alterum occidit" sagt doch nicht, daß der Bock den Stier angreift, sondern daß zum Beispiel Böcke untereinander kämpfen oder auch Stiere.)

Er sagt aber auch, abgesehen von diesem Mißverständnis, an anderer Stelle:

„aber denjenigen Schaden, den ein zahmes Tier gegen die Natur seiner Gattung anrichtet . . ."

Vangerow[4]) sagt:

„. . . Unterscheidung zwischen solchen Beschädigungen, die das Tier secundum, und solchen, die es contra naturam sui generis zufügt . . ."

---

[1]) § 457.

[2]) § 393.

[3]) S. 90.

[4]) S. 596 Anm. 1.

Vgl. auch R. Leonhard, Institutionen § 164:

„In der Regel wird ein Tier nur dann, wenn es aus der Art schlägt auch vorsichtigen Menschen gefährlich, so daß das römische Recht nur in diesem Falle einen Schutz gewährt."

Wir sehen, wie Eisele[1]) sich gegen diesen Ausdruck wendet: „der Zusatz sui generis ist nun aber gar nicht geeignet, die angegebenen Schwierigkeiten zu beseitigen!"

Ich möchte noch weiter gehen wie Eisele: Meiner Ansicht nach ist überhaupt erst durch diese Zufügung die Schwierigkeit in die Stelle hineingebracht. — Es heißt in den D. IX, 1 § 7, nachdem vorher einige Beispiele gegeben sind, in denen die actio de pauperie zu geben ist: „et generaliter haec actio locum habet quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit; ideoque, si equus dolore concitatus calce petierit cessare istam actionem, sed eum qui equum percusserit aut vulveneraverit in factum magis quam lege Aquilia teneri utique ideo quia non ipse suo corpore damnum dedit at si, cum equum permulsisset quis, vel palpatus esset, calce eum percusserit erit actioni locus."

Dieses Beispiel halte ich für das einzige, welches ein damnum contra naturam datum illustrieren soll.

„Et generaliter" so beginnt die Stelle. — „Und dann überhaupt" möchte ich es übersetzen. Es ist gar nicht einzusehen, weshalb hier die Regel aufgestellt werden soll: Sehr

---

[1]) S. 482 a. a. O.

richtig sagt Eisele mit Bezug auf diesen Paragraphen: „... Dasselbe gibt also nicht an, wenn überhaupt der Eigentümer eines Tieres der actio de pauperie haftet, sondern gibt Fälle an, in denen er ‚auch‘ haftet.“

Es wird uns ein Pferd vorgeführt, nicht ein equus calcitrosus, ein Pferd, dem gewissermaßen die Warnungstafel im Namen mitgegeben ist, sondern ein ruhiges Pferd, das erst gestreichelt und geliebkost war, das nun urplötzlich ohne sichtbare Veranlassung ausschlägt.

Ich glaube nicht, daß Eisele recht hat, wenn er meint, daß das Ausschlagen des Pferdes ein Reagieren auf das Streicheln sei; meiner Ansicht nach widerspricht dem das „palpatus esset“.

Es soll nur gezeigt werden, daß man es gerade bis zu diesem Augenblick mit einem ganz ruhigen Pferde zu tun hatte.

Ich glaube, daß in dem Satze: cum equum permulsisset quis vel palpatus esset nicht der Grund für das Ausschlagen gegeben wird, sondern es wird uns die „natura“ des Pferdes anschaulich gemacht — es ist kein böses Pferd — man hatte es noch eben streicheln können.

Gerade hier mußte aber der Zusatz „sui generis“ verwirrend wirken, denn das gestreichelte Pferd hatte doch nicht contra naturam sui generis, nein gerade contra naturam suam gehandelt.

Contra naturam möchte ich also mit einem Satze übersetzen: „Im Gegensatz zu seinen (bisher bekannten) Eigenschaften, zu seinem sonstigen Wesen, seinem Charakter“ (sit venia verbo).

Ich glaube, daß Sturm[1]) sich täuscht, wenn er bei einem von Fliegen gepeinigten Pferde die actio de pauperie versagen will. Er beruft sich auf D. IX, 1 l. 7 § 7: „ideoque si equus dolore concitatus calce percusserit, cessare istam actionem", übersieht aber, daß es in dem Titel sofort weitergeht: „sed eum qui percusserit". Also hatte Ulpian[2]) sichtlich nur ein Pferd im Auge, das von einem Menschen gereizt war.

Eisele stellt die Theorie auf: Wenn ein zahmes Tier durch Betätigung der normalen Lebensfunktion schade, hafte der Herr des Tieres nicht.

Dies halte ich für falsch. Danach müßte Sturm mit seinem Beispiel recht behalten. Nach diesem richtet ein von einer Fliege gestochenes Pferd mit seinem Ausschlagen keine pauperies an.

Zum Beweise zitiere ich die Digestenstelle IX, 1 l. 5: „Agaso cum in tabernam equum deduceret mulam equus olfecit, mula calcem reiecit et crus Agasoni fregit consulebatur possetne cum domino mulae agi quod ea pauperiem fecisset. Respondi posse."

Dies dürfte doch ein absolut klares Beispiel sein für eine „Betätigung der normalen Lebensfunktion". Sturm[3]) will allerdings auch hier einen Schaden „contra naturam" konstruieren: „Wenn ein Tier sich den geschlechtlichen Liebkosungen eines anderen gewaltsam entgegensetzt und dabei

---

[1]) a. a. O. S. 89.

[2]) a. a. O. S. 497.

[3]) a. a. O. S. 97.

Schaden anrichtet, wird angenommen, daß die Klage anzustellen sei."

Nein, nicht weil das Tier contra naturam geschadet hat, sondern weil es überhaupt geschadet hat, wird die Klage gegeben.

Daß die Maultierstute ausgeschlagen hat, ist absolut natürlich und nicht contra naturam. Wenn eine Stute, von Fliegen gestochen, ausschlägt, soll sie secundum naturam handeln — wieviel mehr aber handelt sie secundum naturam, wenn sie von einem Hengst berochen wird und dann ausschlägt. Es ist doch bekanntlich dieses Ausschlagen weiter nichts als das natürliche Zeichen, daß die Stute zu dieser Zeit die Anträge des Hengstes nicht annehmen will.

Hat doch die Natur die Zeiten, zu denen eine Stute sich von dem Hengste decken läßt, auf das genaueste geregelt, und diese Zeit gibt die Stute eben nur dadurch zu erkennen, daß sie nicht ausschlägt.

Wenn nun ein Hengst sich ihr zu anderen Zeiten nähert, sie beriecht, so weist sie ihn auf diese Art zurück, dieses ist nur die natürliche Antwort auf seine Anfrage.

Um meine Ansicht noch näher zu begründen, möchte ich noch einige Worte über dieses Gebaren der Pferde sagen. Man hat einen allgemein üblichen Ausdruck für dies „Beriechen" und die Reaktion darauf, nämlich entweder das abweisende „Ausschlagen" oder das auffordernde „Stillhalten" — man nennt es nämlich das „Probieren".

Selbstverständlich ist dies in unserer Zeit nicht mehr so allgemein bekannt, wie es früher war; denn wir gebrauchen

den Hengst eben nur zur Zucht, wenn er aber anderweitig Verwendung finden soll, so wird er kastriert.

Ein Wallach kümmert sich natürlich nicht um die Stuten. Es gibt also sehr wenig Leute, die Gelegenheit haben, zu beobachten, wie ein „männliches" Pferd (hierher ist der kastrierte Hengst nicht zu rechnen) und eine Stute sich naturgemäß benehmen, wenn sie miteinander in Berührung kommen.[1])

Weit anders lag aber die Sache in Rom; man kastrierte damals die Hengste nicht, und so wird jeder Mensch oft Gelegenheit gehabt haben, eine solche Begrüßungsszene zwischen Hengst und Stute zu erleben.

Ich halte es daher für höchst unwahrscheinlich, daß in damaliger Zeit der Verfasser des Digestentitels das Benehmen der Pferde untereinander nicht gekannt und nicht für natürlich gehalten hätte.

Noch heute ist die Mode, die Hengste zu kastrieren, nicht über ganz Italien verbreitet, und wir finden besonders in Süditalien, speziell in Neapel, in Land und Stadt fast ausschließlich Hengste in Gebrauch.

Nun zitiert Glück[2]) in Anm. 24 eine Dissertation von Hofacker, Tübingen 1775. Er sagt: „Man sehe über

---

[1]) R. Leonhard ersucht zugunsten der entgegengesetzten Ansicht hierzu zu bemerken, daß der im Texte angegebene Unterschied es zweifelhaft erscheinen läßt, ob die heutigen Gewohnheiten der Stuten denen zur Zeit der Römer durchaus entsprochen haben. Was damals contra naturam war und auffiel, ist vielleicht unter den gegenwärtigen Verhältnissen zu einem natürlichen Verhalten geworden.

[2]) a. a. O. S. 280.

diese Stellen Hofacker . . . wo die sehr richtige Bemerkung gemacht wird: Sine dubio Alfenus sensit ad damnum dandum animal non concitare nisi tale quid faciat quo non possit alterius iram movere cuius generis id non sit equus mulam olfaciat cum coitum appetere naturale sit in animalibus."

Auch hier wird also angenommen, daß die Stute contra naturam ausgeschlagen habe. Während Glück selbst das Gebaren des Hengstes für natürlich hält, will er dasjenige der Stute als unnatürlich kennzeichnen. Ich glaube, was dem einen recht ist, ist dem anderen billig.

Auch Eisele[1]) sagt: „. . . ist das Reagieren aber ein naturwidriges (wie Ausschlagen auf Beriechen, welches ebenso ein contra naturam moveri ist, wie Ausschlagen auf Streicheln) . . ."

In einer Anmerkung schreibt er, daß Gesterding dieses für etwas Gewöhnliches ansehe: „. . . weil dann die Stelle gut zu seiner Ansicht paßt, daß jeder Schaden, den ein zahmes Tier verursacht, contra naturam, d. h. eine Unart sei."

Diesen Vorwurf halte ich für ungerechtfertigt. Daß Gesterding diese Unart nur konstruierte, um dem damnum contra naturam datum nicht zu widersprechen, habe ich oben bewiesen. Hier zeigt er ja gerade, daß seiner Ansicht nach die actio de pauperie auch für Schaden, den das Tier secundum naturam angerichtet hat, gegeben wird.

---

[1]) a. a. O. S. 494.

[2]) a. a. O. S. 196.

Thibaut[2]) hat leider sich zu dieser Stelle nicht geäußert, aber er schreibt: „Wer ein Tier besitzt, welches contra naturam zu schaden pflegt, sollte es abschaffen oder verwahren, weil niemand bei einem Renkontre auf dergleichen vorbereitet ist.“

Hier verdreht er meiner Ansicht nach den ganzen Text. Das Beispiel, das „contra naturam“ erläutern soll, zeigt uns ein Pferd, was sonst nicht ausschlägt, also nicht zu schaden pflegt. Das Pferd handelt also nur in diesem einen Falle unerwartet contra naturam; wie sollte man ein solches Pferd abschaffen oder verwahren?

Hier ist es also ganz deutlich, daß Thibaut[1]) und Glück[2]) Tiere, die gewohnheitsmäßig zu schaden pflegen, im Auge haben, wenn sie von contra naturam sprechen, nämlich das equus calcitrosus oder den bos cornu petere solitus — nicht aber das unerwartet schadende Tier, für das das Beispiel Ulpians gegeben ist.

Wir sehen also, daß ein damnum contra naturam datum im Sinne Thibauts etwas ganz anderes ist, als das von Ulpian durch ein Beispiel illustrierte damnum contra naturam datum.

Ist denn nicht auch gerade einleuchtend, daß kein Beispiel für das equus calcitrosus — für den bos corum petere solitus gegeben wird — daß dagegen der schwerer zu verstehende Ausdruck in einem besonderen Beispiele genauer erklärt wird?

---

[1]) a. a. O. S. 196.

[2]) a. a. O. S. 290.

Ich möchte nun einige Worte sagen über die Tiere, die gewohnheitsmäßig zu schaden pflegen, auf die also meiner Ansicht nach Ulpians Beispiel nicht paßt.

Ulpian führt nur den bos cornu petere solitus und das equus calcitrosus vor.

Man nahm bisher allgemein an, daß ein durch solche bösartige Tiere herbeigeführter Schaden stets contra naturam angerichtet sei. Davon steht aber in den Quellen nichts, und es wäre für solcherlei Beschädigungen der Ausdruck secundum naturam mindestens ebenso gerechtfertigt. Denn wenn ein Pferd, das immer ausschlägt, jemanden verletzt, so hat es seiner Natur gemäß gehandelt, also secundum naturam suam — nicht contra naturam sui generis.

Aber der Ausdruck „secundum naturam", der allgemein gebraucht wird, kommt nun in den Quellenstellen gar nicht vor, und dies ist auch ein Grund, anzunehmen, daß es sich eben gar nicht um die Frage handelt: Hat das Tier contra oder secundum naturam geschadet, sondern:

„Hat es überhaupt geschadet?"

Wenn ein Pferd erschreckt wird, ist es dann nicht gewiß secundum naturam sui generis auszuschlagen? — Denn ein Pferd schlägt eben aus, wenn es erschrickt.

Ist es doch eine bekannte Regel, daß man auch das ruhigste Pferd ansprechen muß, ehe man zu ihm in den Stand geht, denn wenn es sich fürchtet oder erschrickt, schlägt es aus. Andererseits ist es aber gerade bei dem ganz ruhigen

Pferde contra naturam (suam) auszuschlagen (vgl. das Beispiel Ulpians). — Sturm schreibt[1]):

> „Von dem in der Kultur benutzten Pferde setzen wir voraus, daß es nicht ohne Grund mit den Hufen schlägt, von dem Ochsen, daß er nicht ungereizt stößt; geschieht dies, so haftet der Herr, denn das Tier fällt contra naturam der zahmen Gattung in die Wildheit zurück?"

Er scheint also nur das eben erwähnte Beispiel Ulpians im Auge zu haben. Da möchte ich nun fragen: was setzen wir aber von einem Tiere voraus, von dem wir wissen, daß es bösartig ist!?

Ich glaube den klarsten Sachverhalt in dem Institutionentitel 4, 9 zu finden.

Hier heißt es: „si quidem lascivia aut fervore aut feritate pauperiem fecerint — hier wird also von dem Übermute z. B. eines Füllens gesprochen — sollte die lascivia wirklich contra naturam sein? Ich halte das von Sintenis[2]) hierfür angeführte Beispiel für falsch.

Nach diesem richtet ein Füllen durch das Zertreten kostbarer Beete — weil secundum naturam geschehen — keine pauperies an, wohl aber dadurch, daß es beim Ausschlagen ein Bäumchen beschädigt.

Ich meine, wenn man ein Füllen fröhlich umherspringen sieht, wird sich doch wahrlich kein Unterschied machen lassen:

---

[1]) a. a. O. S. 97.

[2]) a. a. O. S. 792.

diese Bewegung war secundum, diese contra naturam. Ich halte vielmehr sowohl das Zertreten der Beete, wie das Beschädigen des Bäumchens für eine pauperies — aber nicht contra naturam data —!

Abgesehen von den Einzelfällen, wo lascivia, fervore oder feritate geschadet war, gibt uns die Stelle dann an zweiter Stelle ein Beispiel, wo ein Tier nicht auf eine einmalige Veranlassung hin, wie z. B. durch Schreck, pauperies angerichtet hat, sondern wo es sich um ein gewohnheitsmäßig schadendes, ein böses Tier handelt:

> „puta si equus calcitrosus calce percusserit aut bos, cornu petere solitus petierit. Haec autem actio in his quae contra naturam moventur locum habet."

Über diese Stelle ist viel gestritten.

Eisele[1]) meint, aus Flüchtigkeit oder Mißverstehen hätte der Verfasser dieses Titels sie so in dem Zusammenhang gebracht, daß ihr wahrer Sinn nicht mehr zu verstehen sei.

Hieronimi[2]) bemerkt hierzu mit Recht:

> „Den Verfassern der Institutionen ein Mißverstehen oder eine Flüchtigkeit unterzuschieben, dürfte etwas gefährlich sein."

Ich fasse die Stelle im Zusammenhange folgendermaßen auf.

---

[1]) S. 488.

[2]) S. 24.

Zuerst werden Beschädigungen, die ein Tier aus irgendeinem Anlaß verübt hat, genannt: lascivia, fervore, feritate oder terrore (cf. D. IX, 2 l. 52 § 2).

Dann: Gewohnheitsmäßig angerichteter Schaden ist auch pauperies (equus calcitrosus usw.) und zuletzt „autem“, „andrerseits aber auch“, wenn ein Tier contra naturam schadet, ist die Bedingung einer pauperies erfüllt.

Hieran schließt sich, beinahe als etwas Selbstverständliches erwähnt („ceterum“ „übrigens“) die Bemerkung: für wilde Tiere, die in niemandes Besitz stehen, gäbe es keine Klage — es sei gleichgültig, ob sie früher im Eigentum irgend jemandes gestanden hätten.

Eigentlich brauchten die wilden, in Freiheit lebenden Tiere wohl kaum erwähnt zu werden, doch interessierte die Frage, wie es sich mit entsprungenen wilden Tieren verhalte. Denn — wie oben von mir gezeigt wurde — es paßte das Beispiel von dem entlaufenen wilden Tiere keinesfalls auf wilde Tiere, die noch in der Gefangenschaft waren.

Meine Ansicht, daß die Römer nicht nur einen damnum contra naturam datum eine pauperies nannten, wird schlagend durch eine Stelle aus den Sentenzen des Paulus bewiesen. Wir lesen lib. I, 15 § 1: si quadrupes pauperiem fecerit damnumve dederit quidve depasta sit in dominum actio datur ut damni aestimationem subeat aut quadrupedem dedat.

Ich halte es für klar, daß diese Stelle sich nur auf die actio de pauperie — nicht auf die später zu behandelnde actio de pastu bezieht. Der Schluß „aut aestimationem

subeat aut quadrupedem dedat“ kann sich nur auf den Schaden, den ein Tier ohne Verschuldung des Tiereigentümers angerichtet hat, beziehen, denn wenn ein Verschulden des letzteren vorläge, könnte (wie anfangs erklärt) keine Noxalklage gegeben werden. Daß wir es aber mit einer Noxalklage zu tun haben, sagt uns das „aut quadrupedem dedat“.

Wir finden sogar dieselben typischen Worte, wie bei den Bestimmungen über die actio de pauperie, wo es heißt D. IX, 1 l. 1 § 1: „quae lex voluit aut dari id quod nocuiit, id est id animal quod noxiam commissit aut aestimationem noxiae offere.“

Sehr eigentümlich ist Glücks[1]) Ansicht über diese Stelle:

> „Ohne Schuld eines Menschen läßt sich nur dann eine Klage annehmen, wenn das Tier in einem Ausbruche von Wildheit, „feritate contra naturam mota“, der Aufsicht entwich und sich zu der Beschädigung instand setzte. Alsdann wäre aber die Klage keine andere als die actio de pauperie, wenngleich der Schaden durch Abweiden geschehen wäre, denn daß unter diesen Umständen sich auch das Abweiden zu einer pauperies qualifiziere, erhellet ganz klar aus einer Stelle des Paulus, welcher sagt: ‚si quadrupes . . .‘.“

Glück schreibt, sozusagen als Erläuterung seines Gedankens, „in einem Ausbruch von Wildheit“: „feritate contra naturam mota.“

---

[1]) a. a. O. S. 283.

In den Quellen ist von dieser Zusammenstellung aber nichts zu sehen; es wird immer nur gesagt entweder feritate oder contra naturam[1]):

Itaque ut servius scribit tum haec actio locum habet cum commota feritate nocuit quadrupes. So heißt es in § 4; dagegen sagt uns § 6: quotiens contra naturam mota . . . und in den Institutiones finden wir haec autem actio in his quae contra naturam moventur locum habet.

Ich glaube, daß auch dies ein Beweis ist für die Richtigkeit meiner obigen Ansicht: damnum contra naturam datum ist nur eine „Rubrik" unter allen anderen Arten von pauperies.

Doch das wichtigste an dieser Glückschen Stelle ist: er leugnet nicht, daß hier die actio de pauperie gemeint ist. Daß er das Ausbrechen der Tiere zu einem Handeln contra naturam rechnen will, ist doch wohl entschieden zurückzuweisen, aber auch das ist nicht der springende Punkt. Nein — die Tiere schaden ja nicht durch das Ausbrechen, sondern erst durch das Abweiden; mag also sogar das Ausbrechen noch contra naturam anzunehmen sein, so ist doch unter allen Umständen die pauperies, das Abweiden für eine Tiertat secundum naturam zu halten.

So schreibt auch Zimmern[2]) über Glücks Ansicht:

> „Allein, wenn auch ein Tier einen solchen Anfall von Wildheit bekam, so bleibt deswegen das Abweiden, also gerade hier die interessierende Beschädigung, immer naturgemäß."

---

[1]) D. IX, 11.

[2]) a. a. O. S. 116.

Aber Zimmerns[1]) Ansicht über die Paulus-Sentenz ist noch gesuchter. Er leugnet nicht, daß das Abweiden naturgemäß (secundum naturam) sei. Er sagt:

> „Man müßte sich daher denken, daß ein Tier, etwa ein solches, das sich nicht von Pflanzen nährt, wild geworden und so das Getreide verdorben habe, und darauf deutet vielleicht selbst die gotische Interpretation hin, welche das depasta durch ‚aut alicujus fructus laeserit‘ erklärt; das wäre dann nichts als eine konsequente Anwendung der actio de pauperie, und will man auf diese Weise die Echtheit der Stelle des Paulus retten, so ist dies meinen oben ausgesprochenen Ansichten gar nicht zuwider."

Wir ersehen daraus, daß Zimmern nur, um die Bedingung des damnum contra naturam datum zu retten, zu einem noch eigentümlicheren Resultate kommt als Glück.

Wie kann er trotz obigen Zugeständnisses, daß das Abweiden stets secundum naturam sei, die Ansicht aufstellen, die Tiere hätten gar nicht geweidet, sondern durch Zertreten Schaden angerichtet! — —

Daß hierauf der Ausdruck depasta sit passen sollte, ist doch mehr als unwahrscheinlich. Auch fühlte wohl Zimmern die Haltlosigkeit seiner Ansicht und fährt darum fort:

> „Mir aber erscheint es richtiger und minder gezwungen, das ganze ‚damnumve dederit quidve depasta sit‘ für einen sogen. Agianismus anzusehen."

---

[1]) a. a. O. S. 116.

Ich sehe hierfür keinen Grund ein. — Paulus gibt eben hier ganz deutlich die actio de pauperie für einen Schaden, den ein Tier durch Weiden angerichtet hat.

Der Herr ist schuldlos, daher die Möglichkeit der noxae deditio.

Daß die Tiere nicht contra naturam, sondern — ebenso wie die Maultierstute im obigen Beispiel — nur ihre normalen Lebensfunktionen betätigt, also secundum naturam geschadet haben, liegt hier zutage.

Und wir sehen gerade hier wieder, daß, bei richtiger Bewertung des Ausdrucks contra naturam (natürlich nicht sui generis), sich diese sonst so schwierige Paulus-Sentenz ganz von selbst erklären läßt.

Noch klarer wird es werden, wenn ich die actio de pastu bespreche und an der Hand der Stellen zeigen kann, wann die actio de pauperie und wann im Gegensatz hierzu die actio de pastu für Abweiden gegeben war.

Radloff[1]) will diese Paulus-Sentenz auf die actio de pastu, die er irrtümlich für noxal hält, beziehen und meint, daß die Römer dieser Abart der pauperies nur einen besonderen Namen gegeben hätten, weil das Abweiden unter den Begriff „secundum naturam" falle. Ähnlicher Ansicht ist Hieronimi, auf den ich ebenso wie auf Radloff bei der actio de pastu zurückkommen will.

Auch hier sehen wir also wieder, daß die Interpreten für den springenden Punkt das Handeln „contra naturam"

---

[1]) a. a. O. S. 67.

ansahen, sie aber alle im Grunde nicht leugnen können, daß das Weiden ein damnum secundum naturam datum sei:

Nur aus diesem Grunde Glücks gewagte Erklärung — Zimmerns Ansicht über den Agianismus und das nichtpflanzenfressende Tier (das durch depascere schadet!) — Radloffs Ansicht, man habe nur wegen des Handelns secundum naturam einen neuen Namen gegeben.

Diese Schwierigkeiten hätten sie alle vermieden, wenn sie nicht diese Regel aufgestellt hätten, daß bei der actio de pauperie das Tier unter allen Umständen contra naturam schaden müsse, die Regel, die ich mit Eisele[1]) als keine Regel anerkennen kann.

Meiner Ansicht nach sind also die Grenzen, wenn eine Beschädigung durch Tiere erfolgt sei, viel weiter, als die herrschende Meinung annimmt — nur bezüglich des Handelns „contra naturam" viel enger.

Ich leugne, daß eine lascivia angerichtete pauperies contra naturam angerichtet sei, ferner, daß das Ausschlagen des equus calcitrosus contra naturam sei.

Auch die ausschlagende Stute, die die Anträge des Hengstes zurückweist, handelt nicht contra naturam; ebenso wenig das Vieh, das unbeaufsichtigt auf fremde Weide übertritt und dort weidet.

Von einigen, wie Sturm,[2]) Radloff,[3]) Lemke,[4])

---

[1]) S. 490.

[2]) a. a. O. S. 90.

[3]) S. 53.

[4]) S. 41.

wird die Stelle D. IX, 1. 1 § 11 zum Beweise ihrer Ansicht, daß der Schaden contra naturam geschehen müsse, angeführt:

> „cum arietes vel boves commissent et alter alterum occidit, Quintus Mucius distinxit ut si quidem is perisset qui adgressus erat, cessaret actio, si is qui non provocaverat, competeret actio.

Sie meinen, hier habe der Angreifer contra, der Angegriffene secundum naturam gehandelt.

Wir wissen, wie man grade darauf acht gibt, daß fremde Hengste, Stiere und Böcke nicht zusammenkommen.

Die von Eisele[1]) erwähnte Betätigung der normalen Lebensfunktion wird bei den Tieren ja doch hauptsächlich durch zwei Momente bestimmt, das eine ist der Hunger, das andere der Geschlechtstrieb.

Daß beide natürlich sind, habe ich gezeigt, denn das Weiden war secundum naturam, und von dem Geschlechtstrieb sagt sogar Glück, der schroffste Vertreter der Ansicht, daß die pauperies nur contra naturam erfolgen könne, mit Berufung auf Hofacker: cum coitum appetere naturale sit in animalibus.

Nur die Eifersucht oder der Hunger läßt Tiere miteinander kämpfen; der Hunger dürfte wohl mehr bei den Kämpfen wilder Tiere, die Eifersucht bei zahmen Tieren vorherrschen.

Die Römer so gut wie wir wußten dies. Bei uns darf z. B. kein Hengst als Dienstpferd in die Armee eingestellt

---

[1]) S. 497.

werden (nicht so in Frankreich, Italien und Egypten). Wir sehen nie einen Stier vor einem Wagen, sondern immer nur Kühe oder Ochsen.

Und so rechnete man stets mit dem Ausbruche dieses Geschlechtstriebes und der hierdurch bedingten Eifersucht.

Da fallen also die Angriffe von Stieren und Böcken untereinander sicherlich auch nicht unter den Begriff des contra naturam; denn wenn es sich um eine solch allgemein bekannte Tiereigenschaft handelt, deren Ausbruch grade beim Verwenden der Tiere für unsere Zwecke von allen Menschen in Rechnung gezogen wird, die also grade in diesem „Genus“ begründet ist, so dürfte es doch wohl falsch sein, von einem Handeln contra naturam zu sprechen.[1])

Also nicht, weil der Angreifer contra naturam handelt, sondern weil er allein den Schaden verursacht hat, ist eine pauperies gegeben. Wenn er selbst dabei zu Schaden kommt, so ist dies — analog dem menschlichen Verschulden — seine eigene „Schuld“.

Daß meine Ansicht begründet ist, zeigt sich noch deutlicher, wenn wir betrachten, wie verschieden die Stellungen über ein damnum secundum naturam waren. Es handelt sich um das Beispiel D. IX, 2 l. 52 § 2:

---

[1]) vgl. hierzu R. Leonhard, Institutionen S. 487: „Diese natura ist nicht das Naturgesetz, das überhaupt nicht von Tieren übertreten werden kann.“ Neuerdings sieht R. Leonhard in der „natura“ hier nicht mehr die natura generis, sondern „den natürlichen gewöhnlichen Verlauf der Dinge“, was auf seinen Wunsch vermerkt wird.

Ein Maultierwagen hatte, von einem anderen zurückgeschoben, einen jungen Sklaven überfahren. Es war die actio de pauperie gegeben für den Fall, daß die Maultiere des ersten Wagens gescheut hatten und so der Schaden durch sie erfolgt war; ex lege Aquilia konnte mit den Knechten geklagt werden, wenn diese den ersten Wagen ohne Grund verlassen hatten und so der Wagen auf den zweiten gerollt war.

Nun fährt Alfenus fort:

„quod si neque mulae neque homines in causa essent sed mulae onus retinere nequissent, aut cum conniterentur lapsae concidissent et ideo plostrum cessim redisset atque hi quo conversum fuisset onus Sustinere nequissent neque cum domino mularum neque cum hominibus esse actionem.“

Thibaut[1]) schreibt hierzu:

„Hier haben wir also einen Fall, wo mit klaren Worten der Eigentümer ganz freigesprochen wird, wenn seine Tiere nicht contra, sondern secundum naturam beschädigt hatten.“

Dieser Meinung schließt sich Radloff[2]) an.

Meiner Ansicht nach kann hier von einem Beschädigen durch Tiere überhaupt nicht die Rede sein.

---

[1]) a. a. O. S. 193.

[2]) a. a. O. S. 37.

Es heißt in dem D. IX, 1 l. 1 § 3: pauperies est damnum sine injuria facientis datum, nec enim potest animal injuriam fecisse quo sensu caret. Hier steht deutlich, daß das Schädigen durch ein Tun erfolgen müsse. — Eisele nennt es spontane aktive Tätigkeit des Tieres. Daß von einem Tun aber nicht die Rede sein kann, wenn die Tiere von dem zu schweren Wagen rückwärts gezogen werden, ist doch klar.

Es ist meines Erachtens folglich ausgeschlossen, dieses Beispiel für ein Beschädigen — für ein Handeln secundum naturam des Tieres anzuführen.

Nun finden wir auch außerdem bei Thibaut,[1]) daß er das Weiden auf fremdem Grundstücke als secundum naturam erfolgt ansehen will. In dem einen Falle hält er also ein Handeln des Tieres, ein facere für erforderlich, im zweiten Falle aber nicht.

Gesterding[2]) ist folgender Meinung:

> „Wenn ein gestreicheltes Tier hinten ausschlägt, so ist dies secundum naturam und dennoch wird es als Unart angesehen, und es kann der Eigentümer auf Schadensersatz klagen!"

Wir sehen hier also, daß Gesterding das einzige Beispiel, welches Ulpian für eine pauperies contra naturam data gibt, für secundum naturam data ansieht und sich, wie oben gezeigt, dadurch hilft, daß er jede schädigende

---

[1]) a. a. O. S. 197.

[2]) S. 278.

Handlung eines Tieres für eine Unart — ergo contra naturam data hält.

Ich glaube gerade hier am deutlichsten zeigen zu können, welchen Wert die Worte „sui generis" — die allgemein übliche Ergänzung — haben.

Ausschlagen ist gewiß secundum naturam equi generis, aber in diesem Falle D. IX, 1. 1 § 7 wird das Ausschlagen bei dem ruhigen Pferde gerade als Beispiel für Handeln contra naturam (suam) angeführt.

Gesterding war von der Richtigkeit genannten Zusatzes derart durchdrungen, daß er nicht einmal an der Hand des für einen Unbefangenen — also mit diesem Zusatze nicht Rechnenden — ganz klaren Beispiels zu dem Ergebnis kam, daß das Pferd contra naturam suam gehandelt habe. Nein, er meint einfach, alles secundum naturam Beschädigen sei als eine „Unart" des Tieres für contra naturam anzusehen.

Eisele[1]) sagt:

> „Wenn der § 4 desselben ersten Fragmentes unseres D. Tit. die actio de pauperie gegen den Eigentümer dann gibt, si equus calcitrosus calce percusserit oder si bos cornu petere solitus petierit, so ist ja klar, daß das Tier in diesen Fällen nicht gegen seine eigene Natur, sondern ganz in Gemäßheit derselben Schaden angerichtet hat."

---

[1]) a. a. O. S. 481.

Später dagegen behauptet er,

„ist das Reagieren aber ein naturwidriges (wie Aus-schlagen auf Beriechen, welches ebenso contra naturam moveri ist, wie Ausschlagen auf Streicheln) . . .“

Wir sehen, daß die Meinung über die Begriffe secundum und contra naturam die widersprechendsten sind.

Auch von den Maultieren, die D. IX, 2. 1. 52 § 2 gescheut hatten (reformidassent), läßt sich nicht sagen, daß sie contra naturam geschadet hatten, denn das Scheuen als solches ist Pferden, Eseln, Maultieren unleugbar zu eigen.

Ob es sich nun in diesem Falle um Maultiere handelte, die bekannt dafür waren, daß sie scheuten — wie das equus calcitrosus für sein Ausschlagen — oder ob die sonst ganz ruhigen Tiere vielleicht zum ersten Male in ihrem Leben scheuten, das läßt sich nicht entscheiden, war aber auch nach der Ansicht des Alfenus gleichgültig, denn der erwähnt nichts von contra oder secundum naturam.

Die einzige Bedingung war eben, daß der Schaden durch das Tier erfolgt war.

§ 3.

Welcher Art ist das Verhalten des schädigenden Tieres?

Die pauperies muß durch das Tier angerichtet sein.

Zur Erklärung dieses Wörtchens „durch" nehme ich außer den Überschriften der Titel „si qadrupes pauperiem fecisse dicatur (dicetur) die oben angeführte Stelle D. IX, 1. 1 § 3 zu Hilfe: „pauperies est damnum sine injuria facientis datum: nec enim potest animal injuria fecisse quod sensu caret."

Es kommt also vor allen Dingen bei der Beschädigung darauf an, ob das Tier wirklich etwas „getan hat".

Darauf weist uns klar „facientis" und „fecisse" hin. Ich trete Eiseles[1]) Ansicht bei, der eine positive spontane Aktion verlangt.

Der Frage, ob die Römer den Tieren eine Schuld imputierten, möchte ich — weil nicht hierher gehörig — nicht nähertreten, denn auch ohne diese Frage zu berühren läßt sich zeigen, wann bei den Römern „durch" ein Tier eine Beschädigung erfolgt war.

Das Beispiel D. IX, 2. 1. 52 § 2 kann uns erläutern, was unter „facere" gemeint ist: „In clivo capitolino duo plostra onusta mulae ducebant: „prioris plostri muliones

---

[1]) a. a. O. S. 493.

conversum plostrum sublevebant, quo facile mulae ducerent: Inter superius plostrum cessim ire coepit et cum muliones, qui inter duo plostra fuerunt e medio exissent, posterius plostrum a priore percussum, retro redierat et puerum cuiusdam obtriverat: dominus pueri consulebat cum quo se agere oporteret. Respondi, in causa ius esse positum: nam si muliones, qui superius plostrum sustinuissent, sua sponte se subduxissent et ideo factum esset, ut mulae plostrum retinere non possint atque onere ipso retraherentur, cum domino mularum nullam esse actionem, cum hominibus qui converso plostrum sustinuissent, lege Aquilia agi posse. nam nihilo minus eum damnum dare, qui quod sustineret mitteret sua voluntate, ut id aliquem feriret: veluti si quis asellum cum agitasset, non retinuisset, aeque si quis ex manu telum aut aliud quid immisisset, damnum injuria daret. Sed si mulae, qui an aliquid reformidassent et muliones timore permoti ne opprimerentur plostrum reliquissent, cum hominibus actionem nullam esse, cum domino mularum esse, quod si neque mulae neque homines in causa essent, sed mulae retinere onus nequissent aut cum coniterentur lapsae concidissent et ideo plostrum cessim redisset atque hi quo conversum fuisset onus sustinere nequissent, neque cum domino mularum neque cum hominibus esse actionem. Illud quidem certe, quomodo res haberet, cum domino posteriorum mularum agi non posse, quoniam non sua sponte sed percussae retro redissent.

Alfenus unterscheidet hiermit dreierlei Rechtslagen.

Bei der ersten hatten die Maultiere, unterstützt von den Knechten, den Wagen gezogen. Als nun die Knechte beiseite traten, waren die Maultiere allein zu schwach; der Wagen rollte rückwärts, und so wurde der kleine Sklave überfahren.

Hier sind die Knechte lege aquilia zur Verantwortung zu ziehen, denn sie waren stark genug, unterstützt von den Maultieren, den Wagen aufzuhalten, den Schaden zu verhindern!

Nun hatten sie ihre Kräfte dem Wagen entzogen, da war es ihre Schuld, daß der Wagen zurückrollte.

Die zweite Möglichkeit möchte ich als die wichtigste am Schlusse behandeln.

Im dritten Falle war es trotz vereinter Kräfte nicht möglich, den Wagen aufzuhalten. Die Sklaven sprangen, um sich selbst in Sicherheit zu bringen, beiseite, und der Wagen, von dem ersten zurückrollenden gestoßen, tötete den kleinen Sklaven.

Thibauts[1]) Ansicht, der sich auch niemand angeschlossen hat, habe ich oben zurückgewiesen: eine pauperies lag hier nicht vor, denn die Tiere hatten nichts „getan", sie waren eben vom Wagen zurückgezogen.

Nun kommt aber der zweite Fall. Die Tiere waren wohl imstande, die Steigung zu bewältigen; mit einem Male

---

[1]) a. a. O. S. 103.

scheuen sie. Die Knechte, um nicht selbst zu Schaden zu kommen, bringen sich in Sicherheit.

Hier liegt es zutage, daß durch die Tiere der Schaden angerichtet war.

Leider ist im Text der Nachsatz zu sed si mulae . . . fortgelassen. Doch glaube ich beweisen zu können, daß der Schaden durch ein Tun der Tiere hervorgebracht ist.

Eisele[1]) vertritt eine eigentümliche Ansicht bzgl. dieser Stelle:

> „Von eigentlicher Bösartigkeit der Tiere kann hier nicht die Rede sein, sondern nur von Schreckhaftigkeit. Führt diese zu einem bösartigen Tun, wie Ausschlagen und dergl., so kommt sie allerdings nicht weiter in Betracht, wohl aber hier, wo der Schaden entstanden ist, nicht durch ein Tun, sondern durch ein Nichttun — durch das Nichtmehrziehen."

Isay[2]) verwirft Eiseles Ansicht, er sagt in Anm. 5:

> „Die Formulierung Eiseles . . . daß gemäß fr. 52, 2 cit. eine ‚positive Aktion' des Tieres zur Begründung der actio de pauperie erfordert werde, ist offenbar unrichtig." S. 492 trägt er selbst auf Grund der gleichen Quellenstelle vor, daß die Noxalklage auch durch ein Nichttun, das ‚Nichtmehrziehen' der Tiere begründet werden kann. Es kommt eben auf die Qualität des tierischen Tuns oder Nichttuns an."

[1]) S. 492.

[2]) S. 283.

Ich glaube nun auf Eiseles Forderung „positive Aktion“ trotz dieses Widerspruches bestehen zu können.

Ich kann nicht annehmen, daß die Maultiere in obigem Beispiele durch ein „Nichttun“ geschadet haben.

Eisele selbst hat sich in demselben Absatz ganz anders über den Sachverhalt ausgesprochen; er sagt direkt, daß die Tiere „hufen“, also etwas tun — positiv aktiv sind:

> „Die Maultiere werden scheu und hufen, der vordere Wagen geht zurück.“

Wir wissen, daß das Pferd, der Esel, das Maultier „fliehende Pflanzenfresser“ sind, die, wenn möglich, ihr Heil in der Flucht suchen. Wenn nun ein Pferd sich ängstigt, wird es nicht stehen bleiben, also nichts tun (wie z. B. die meisten Wiederkäuer, die viel eher zu einem Kampfe geneigt und auch von der Natur dazu ausgerüstet sind), sondern es wird sich bemühen fortzulaufen; hieran wird es ja allerdings gewöhnlich durch Geschirr und Führer verhindert.

Eisele sagt auch selbst durch den Ausdruck „hufen“, das heißt, die Hufe fest gegen die Erde stemmen und so den Wagen zurückschieben, daß das Tier aktiv tätig ist.

Und dieser Beweis, daß es sich um ein Gegenstemmen gegen den Wagen — ein Hufen — also ein Tun — nicht aber einfach um ein Nichtmehrziehen handelt, wird uns durch das prägnante „reformidassent“ gesichert. Man sieht bei diesem Worte förmlich die geängsteten hufenden Maultiere, und durch das „re“ wird die Bewegung des Rückwärtsdrängens treffend zur Geltung gebracht.

Man kann also unbekümmert um das Versehen Eiseles dessen Meinung beitreten, daß man eine positive Aktion des Tieres verlangen muß.

Ferner verlangt Eisele,[1]) daß die Aktion spontan sein muß.

Auch hierin möchte ich ihm beistimmen, denn in D. IX, 2 l. 52 § 2 steht am Schlusse ganz ausdrücklich, daß man von einer pauperies nicht sprechen kann, wenn es sich nicht um „spontanes" Tun handelt:

„Illud quidem certe, quoquo modo res se haberet cum domino posteriorum mularum agi non posse quoniam non sua sponte sed percussae tretro redissent."

Eisele begründet seine Ansicht mit D. IX, 1. 1 § 11: cum arietes vel boves commissent et alter alterum occedit Quintus distinxit ut si quidem is perisset, qui adgressus erat, cessaret actio, si is, qui non provocaverat competeret actio.

Er will hier zeigen, daß der angegriffene Stier hier nicht sua sponte geschadet habe, sondern auf ein Reizen des andern Stieres, und meint, hier habe er nur secundum naturam gehandelt. Anders läge es mit der Stute, die nach dem sie beriechendeu Hengste schlägt. Diese handele zwar nicht sua sponte, aber der Schaden sei contra naturam herbeigeführt.

Ich kann ihm nur bzgl. der Stiere beipflichten — nur hier liegt ein Reizen vor.

---

[1]) a. a. O. S. 193.

Der Stier war gezwungen, er mußte Schaden anrichten, mußte, um von sich die Gefahr abzuwenden, den Feind unschädlich machen. —

Nicht so die Stute — sie brauchte, um sich den Hengst fernzuhalten, durchaus nicht Agasos Bein zu zerschlagen, ganz abgesehen davon, daß man nach allgemeinem Sprachgebrauch wohl kaum sagen kann, daß der Hengst die Stute „gereizt“ habe. Der quellenmäßige Ausdruck concitare paßt doch entschieden nicht auf das „olfacere“, von dem hervorgehoben wird: „cum naturale sid in animalibus coitum apetere“.

Und dies finden wir in den Digesten bestätigt. Es heißt in § 8: et si alia quadrupes aliam contitavit ut damnum daret, eius quae concitavit nomine agendum erit.

Wir können hier also ganz absehen von dem Streite secundum und contra naturam!

Uneingeschränkt unter Beifügung eines Beispiels in § 11 (boves) schaltet Ulpian alle Fälle aus, wo ein Tier auf eine Reizung Schaden angerichtet hat. Folglich ist eine Vorbedingung der actio de pauperie ein ungereiztes — ein spontanes Handeln.

Wenn nun aber das olfacere als Reiz aufzufassen wäre, hätte nicht die actio de pauperie dem Agaso gegeben werden dürfen (D. IX, 1. l. 5), weil die Vorbedingung der pauperies, das spontane ungereizte Handeln, nicht vorlag.

Gab man sie nun trotzdem, so war es doch selbstverständlich, daß man irgendwo sagte: In dem Falle, daß auf Reiz eines anderen Tieres das gereizte Tier contra naturam reagiert, kann man die Klage auch gewähren.

Da dies aber nicht geschehen, müssen wir annehmen, daß die Vorbedingungen der actio de pauperie erfüllt waren — daß die pauperie eine spontane Aktion in diesem Falle war.

Ich halte diese Auffassung auch für absolut ungesucht und ungekünstelt.

Oben sahen wir, daß betreffs der Maultiere, die von dem zu schweren Wagen zurückgezogen werden, ein facere, folglich auch die actio de pauperie ausgeschlossen war, und dies ist auch in den D. IX, 1. l. § 4 bestätigt: quod si propter loci iniquitatem aut si plus justo onerata quadrupes in aliquem onus everterit, haec actio cessabit damnique iniuriae agetur.

Wie liegt aber die Sache, wenn die Tätigkeit mit der eines Menschen konkurriert?

Hier hat der Mensch unter allen Umständen die Verantwortung für einen solchen Schaden zu tragen, denn auf ihn paßt ja nicht das Wort „quod sensu caret“.

Er mußte sich vorher überlegen, ob er imstande war, das Tier von einem schädigenden facere abzuhalten, dazu hat er den sensus dem Tiere voraus.

Ja sogar wenn es sich um einen canis asper, um ein Gegenstück zum bos cornu petere solitus handelt, ist der Führer unter allen Umständen verantwortlich, und zessiert folglich die actio de pauperie. Zum Beleg meiner Ansicht folgende Stelle: D. IX: l. 1 § 4 sed et si canis, cum duceretur ab aliquo, asperitate sua evaserit et alicuis damnum dederit: si contineri firmius ab alio poterit

vel si per eum locum induci non debuit, haec actio cessabit et tenebitur qui canem tenebat.

Ferner D. IX, 2. 1. 8 § 1: mulionem quoque si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint vulgo dicitur culpae nomine teneri. Idem dicitur et si propter infirmitatem substinere mularum impetum non potuerit: nec videtur inquum, si infirmitas culpae adnumeretur cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. Idem iuris est in persona eius qui impetum equi, quo vehebatur propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit.

Wir sehen also, daß wenn ein Schaden durch infirmitas angerichtet wird, bei einem Tiere diese als casus wirkt (vgl. D. IX, 2. l. 52 § 2). Bei Menschen aber wirkt diese infirmitas aber anders, sie wird als culpa aufgefaßt. Er darf sich nicht mit einem Tiere einlassen, über das er nicht unter allen Umständen die Gewalt behält.

Das Tier ist auch in der Hand eines imperitus und infirmus immer nur ein Werkzeug (vgl. D. IX, 2 l. 52 § 2): „Veluti si quis asellum cum agitasset non retinuisset, aeque si qui ex manu telum aut aliud quid immisissit damnum iniurae daret."

Von einem Schaden durch ein Tier ist hier nicht die Rede.

Wie wir aus D. IX, 22 l. 52 § 2, dem Beispiel, in dem durch den zurückgestoßenen zweiten Maultierwagen der Sklave beschädigt wird, ersehen können, ist nicht nötig, daß das schadende Tier corpore schadet.

Wir finden auch in den Digesten hierüber positive Bestimmung (D. IX, 1 l. 1 § 9): „sive autem corpore suo pauperiem quadrupes dedit, sive aliam rem quam tetigit quadrupes, hec actio locum habebit utputa si plaustro bos otrivit aliquem vel alia re deiecta.“

Zum Schluß möchte ich noch einmal kurz zusammenfassen, wann die actio de pauperie gegeben wurde.

Man machte keinen Unterschied zwischen wilden und zahmen Tieren, doch konnte man bei einem aus der Gefangenschaft entsprungenen wilden Tiere wegen des untergegangenen Eigentums die actio de pauperie nicht mehr gegen den früheren Eigentümer anstellen; eine solche Beschädigung mußte als casus getragen werden.

Die frühere allgemein vertretene Ansicht, daß nur eine Tiertat contra naturam zu berücksichtigen sei, halte ich für falsch.

Alle Beschädigungen, auch das Abweiden, das alle für eine Handlung secundum naturam halten, fällt dem Text gemäß unter die pauperies.

Für gewisse Beschädigungen, die sich nicht ohne weiteres unter die lascivia usw. einreihen lassen, ist eine Rubrik gebildet.

„et géneraliter“ — „abgesehen von dem bisher Aufgeführten fällt überhaupt alles dasjenige unter den Begriff pauperies, was ein Tier contra naturam anrichtet.“

Der Zusatz „sui generis“ ist entschieden zu verwerfen.

Die Beschädigung muß eine spontane und aktive sein.

Daß das schädigende Tier corpore schadet, ist nicht erforderlich, sondern es genügt auch jede mittelbare Schadenszufügung.

Wenn bei der Beschädigung ein Mensch beteiligt ist, so ist unter allen Umständen das Tier nur als Werkzeug des Menschen aufzufassen.

§ 4.

Gehört die actio de pastu hierher?

Ich möchte mich nun noch mit der actio de pastu beschäftigen. Ich will die einzige Stelle, die diese Klage erwähnt, erst anführen, und dann an der Hand des Textes meine Ansicht klar legen.

D. 19, 5 l. 14 § 3: „si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immissio pecore depascam: Aristo scribit, non sibi occurrere legitimam actionem qua experiri possim: nam necque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur necque de pauperie neque de damni injuriae agi posse: — in factum itaque erit agendum.“

Es herrscht Streit darüber, ob man annehmen soll, daß das Tier von selbst den Schaden angerichtet hat, oder ob den Besitzer eine Schuld trifft — ob er das Vieh eigens zu diesem Zwecke auf die Weide geschickt hat.

Ich schließe mich der Ansicht Glücks an:

„Das Hintreiben des Viehes zur Weide geschah absichtlich; dann hat entweder

a) der Eigentümer sein Vieh auf ein fremdes Grundstück getrieben in der Absicht zu schaden. Hier hat die actio de pastu de pecoris statt;

b) oder er hat das Vieh auf sein Grundstück hingetrieben, um daselbst befindliche Sachen wegzufressen; hier hat die actio in factum statt."

Er beruft sich auf die oben angeführte Digestenstelle.

Desgleichen Zimmern[1]):

„Daß die Zwölftafeln einer actio de pastu gedenken, welche auf der eigenen Schuld dessen beruht, der das Vieh auf die Weide hingetrieben hat, kann durchaus nicht geleugnet worden."

„Auch für das Negative unseres Gesetzes kann nichts dafür (für die entgegengesetzte Ansicht, ein Abweiden ohne Schuld des Tiereigentümers) gefolgert werden; denn für die Verwerfung der actio de pastu im vorliegenden Falle gibt Ulpian nicht als Grund an, daß das Tier nicht durch jemand hingetrieben sei, woraus notwendig durch ein arg. a. contr. eine actio de pastu noxalis bei instinktmäßigem Abweiden folgen würde, vielmehr diesen, weil man das Vieh nicht auf den fremden, sondern auf den eigenen Acker getrieben habe!"

Auch Höninger[2]) schreibt:

„Der Eigentümer treibt sein Vieh zu den in sein Grundstück hinübergefallenen Früchten hin und läßt sie von seinem Vieh auffressen. Hier ist von einer Tätigkeit, von einem Verschulden des Eigentümers

---

[1]) a. a. O. S. 105 u. 107.

[2]) a. a. O. S. 46.

die Rede, das beweist das immisso pecore und die drastische Form ego depascam, welche die schädigende Handlung direkt auf den Eigentümer zurückführt."

Gesterding[1]) ist allerdings anderer Ansicht:

„Allein es kann kein Zweifel bleiben, daß die Klage voraussetzt, daß das Tier von selbst den Schaden angerichtet habe . . ."

Zur Begründung seiner Ansicht führt er an:

„Wenn das Vieh hingetrieben wäre, so müßte die actio in factum ex lege aquilia gegeben werden." — (Meiner Ansicht nach wird aber in der Stelle auch gar nichts anderes gesagt.) Er schließt: „Die actio de pastu fand also nur statt, wenn ein Tier auf fremdem Gebiete, welches es von selbst betreten hatte, durch Abweiden geschadet hatte."

Radloff[2]) tritt dieser Ansicht bei, indem er sich auf die oben erwähnte Paulus-Sentenz (sententiae receptae lib. I Tit. 15 § 1) beruft:

„si quadrupes pauperiem fecerit, damnumve dederit quidve depasta sit in dominum actio datur ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupedem dedat. Paulus stellt hier das Abweiden mit der pauperies zusammen und gestattet unbedingt eine Klage noxalen Charakters gegen den Eigentümer. Wenn man also diese Stelle und l. 14

---

[1]) S. 280 a. a. O.

[2]) a. a. O. S. 66.

§ 3 D. 19, 5 zusammen betrachtet, muß man annehmen, daß die actio de pastu eine Noxalklage ist und daher das Verschulden des Eigentümers ausschließen muß."

Diese Deduktion halte ich nicht für richtig.

Ich glaube nicht, daß man es in beiden Fällen mit der actio de pastu zu tun hat, ebensowenig mit der actio de pauperie. Wir haben gesehen, daß in der Sentenz des Paulus keine andere Klage als die actio de pauperie gemeint sein konnte. Das zeigen uns die typischen Worte, mit denen die Noxalklage im Digestentitel beschrieben ist. Hier ist eben die Beschädigung durch das Weiden des Tieres erfolgt. Es ist eine pauperies.

Wenn nun in D. 19, 5 l. 14 § 3 ausdrücklich die actio de pauperie versagt wird, muß es an einer Voraussetzung fehlen.

Im Falle der Paulus-Sentenz sehen wir:

1. Beschädigung durch Abweiden,
2. Möglichkeit der noxalen actio de pauperie.

Hieraus folgt spontanes Schädigen, also Unschuld des Eigentümers.

D. 19:

1. Beschädigung durch Abweiden,
2. Unmöglichkeit der actio de pauperie.

Hieraus folgt Schuld des Vieheigentümers, nicht spontane Beschädigung des Tieres.

Wir sehen, welches die fehlende Voraussetzung der actio de pauperie ist. Die spontane Beschädigung! Das

schuldhafte Verhalten des Eigentümers wird durch das immisso pecore genügend gekennzeichnet.

Hieronimi,[1]) der auch glaubt, daß die actio de pastu eine Noxalklage sei, also keine Schuld des Eigentümers voraussetzt, möchte seine Ansicht folgendermaßen rechtfertigen:

> „Der l. 14 § 3 D. 19, 5 zugrunde liegende Rechtsfall handelt davon, daß jemand sein Vieh auf sein Grundstück treibt und von demselben die von einem auf dem Nachbargrundstück stehenden Eichbaum herübergefallenen Eicheln aufzehren läßt.“

Bei der nun folgenden Erörterung der Frage, welche Klage zutreffend ist, wird die actio de pastu als unzutreffend verworfen, und zwar aus dem Grunde: quia non in tuo pascitur, d. h. weil das Vieh nicht auf deinem, dem Nachbargrundstücke weidet. Unbegreiflich ist es, wie jemand dieses quia non in tuo pascitur ohne weiteres mit dem im vorangehenden erzählten Tatbestand in Verbindung bringen und übersetzen kann: Weil das Vieh nicht auf dein Grundstück hingetrieben worden ist, und nun durch ein arg. a. c. folgert, daß die actio de pastu hier deshalb verworfen werde, weil man das Vieh nicht auf den fremden, sondern auf den eigenen Acker hingetrieben habe. Eine logische Notwendigkeit dazu, daß quia non in tuo pascitur mit dem vorhergehenden in Verbindung zu bringen, ist nämlich der Satzkonstruktion gemäß gar nicht vorhanden; der Jurist

[1]) a. a. O. S. 51.

will vielmehr durch jenen in Parantheſe eingefügten Zuſatz ſagen, die actio de pastu kann ſchon deshalb, ſchon aus dem Grunde hier nicht angewandt werden, weil das Vieh nicht auf deinem, dem fremden Grundſtück weidet (pascitur). Alle anderen Gründe, die vorliegendenfalls gegen die Zuläſſigkeit der actio de pastu ſprechen könnten, läßt der Juriſt damit einfach unerwähnt."

Ich werde nun anführen, weshalb die actio ex lege Aquilia und de pauperie nicht gegeben werden konnte, und dann wird ſich ergeben, daß als einziger Grund für das Zeſſieren der actio de pastu das Weiden auf dem eigenen und nicht auf dem fremden Grundſtücke galt, daß hier alſo Hieronimi Unrecht hat, wenn er von anderen Gründen ſpricht, die gegeben werden könnten.

Die actio de pauperie konnte hier nicht gegeben werden, weil den Vieheigentümer ein Verſchulden traf. — Hätte ihn kein Verſchulden getroffen, ſo war es gleichgültig, ob das Abweiden auf dem eigenen oder dem Grundſtücke des Nachbarn geſchah.

Sachen des Nachbarn wurden beſchädigt durch fremde Tiere; wir wiſſen, daß hier die Noxalklage, die actio de pauperie angewandt wurde (cf. sententiae receptae lib. I Tit. 15 § 1 des Paulus). Und ich glaube mit Höniger, Glück und Zimmern, daß das „immisso pecore" und das „depascam" nichts anderes als ein Verſchulden des Vieheigentümers zum Ausdruck bringen ſoll.

Hieronimi bleibt nun bei ſeinem Angriffe auf die An-

sicht, das Vieh müsse hingetrieben sein, bei dem Hintreiben stehen. Er wendet sich bloß gegen das „immisso“.

Ich glaube aber, daß man die Absicht des Vieheigentümers, den Schaden anzurichten, auf keine Weise deutlicher machen konnte, als durch das „depascam“.

Statt „depasta sit“ zu sagen, wie man wohl annehmen konnte, wird der Eigentümer als aktiv hingestellt! Es wird gesagt, daß er selbst abweidet, und es wird noch hervorgehoben, daß er tätig ist — nicht das Vieh; denn es heißt „ego“ depascam.

Außerdem lag kein Grund vor, die actio de pauperie nicht zu geben, wenn es sich nicht um Verschulden handelt (vgl. meine vorige Bemerkung zu Radloffs Ansicht).

Wir sehen, daß in dem Texte die actio ex lege Aquilia zurückgewiesen wird, aber natürlich nur die actio ex lege Aquilia directa (vgl. Thibaut,[1]) Glück,[2]) Zimmern[3]); die directa war nicht möglich, da es sich nicht um ein damnum corpore datum handelte.

Es liegt nun gar kein Grund vor, mit Gesterding anzunehmen, daß die actio in factum ex lege Aquilia nicht angenommen werden kann, und treffend bemerkt Zimmern[4]) hierzu:

[1]) a. a. O. S. 199.
[2]) a. a. O. S. 284.
[3]) a. a. O. S. 108.
[4]) a. a. O. S. 108, 109.

„Die aquilische Klage ist aber nur als direkte zu verwerfen, während die gestattete actio in factum weiter nichts ist als die utilis actio legis Aquiliae. Man müßte letztere schon aus allgemeinen Prinzipien zulassen; ausdrücklich wird sie aber noch für unsern Fall gegeben in l. 6 C. de lege Aquiliae (3, 35) Diocletianus et Maximilianus AA et CC: De his quae per iniuriam depasta contendis ex sententia legis Aquiliae agere minime prohiberis."

Nun fragt es sich noch, warum die actio de pastu nicht gegeben werden konnte.

Die Voraussetzung, das Verschulden des Eigentümers, halte ich nach obigem für gegeben, und da gibt uns der Text selbst den Grund an:

„quia non in tuo pascitur".

Die Voraussetzungen der actio de pauperie ebenso wie die der actio ex lege aquilia waren so bekannt, daß Aristo nach dem angegebenen Tatbestand es für selbstverständlich annimmt, daß ein jeder Jurist den Mangel in den Voraussetzungen erkannte; anders bei der actio de pastu. Daß sie selten war, ergibt sich aus der nur einmaligen Einführung derselben. Die Frage, wozu eine actio de pastu genannt wird, wenn doch mit der actio ex lege Aquilia utilis dasselbe erreicht würde, dürfte sich daraus erklären, daß die actio de pastu ex lege duodecim tabularum stammt, also aus einer Zeit, wo es noch keine actiones utiles gab. Die Voraussetzungen, das schuldhafte Handeln des Eigentümers

und das Beschädigen, werden uns im Tatbestande gegeben, und nur das Weiden auf dem eigenen Grundstücke (quia non in tuo pascitur) läßt diese Klage hinfallen.

Ich glaube im vorliegenden bewiesen zu haben, daß die actio de pastu zu einer Beschädigung durch Tiere zu einer pauperies nicht gerechnet werden darf.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich, Gerhard Graf Arnim, bin am 6. Mai 1879 zu Berlin als Sohn des verstorbenen Rittmeisters Grafen Werner Arnim und dessen Ehefrau, der Gräfin Caroline Arnim geb. Gräfin Bismarck-Bohlen, geboren. Ich bin evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger. Meinen Wohnsitz habe ich als Referendar in Loewen (Schles.). Mein Heimatsort ist seit der Wiederverheiratung meiner Mutter mit dem Bruder meines verstorbenen Vaters, dem Grafen Traugott Herrmann von Arnim-Muskau, Muskau (Oberlausitz). Bis zur Untertertia genoß ich Privatunterricht, dann besuchte ich bis zu meinem Abiturium Ostern 1900 das Gymnasium in Goslar im Harz.

Darauf wandte ich mich dem Studium der Rechtswissenschaften zu und verbrachte zuerst 2 Semester in Leipzig, darauf 6 Semester in Breslau. Ich hörte während dieser Zeit Vorlesungen der Herren Professoren:

Sohm, Tripel, Binding, Strohal, Ricker, Marks, Stieda, Hasse, Leonhard, Dahn, Bric, Jörs, Fischer, Engelmann, Gretener, Beyerle, Sombart.

Im Frühjahr 1904 ließ ich mich exmatrikulieren und bestand im November 1905 in Breslau das Referendarexamen.